

Sygn. akt **XXIII Zs 30/23**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 maja 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

| | |
|-----------------|------------------------------|
| Przewodniczący: | sędzia Andrzej Kubica |
| Protokolant: | sekr. sądowy Dariusz Książyk |

po rozpoznaniu w dniu 5 maja 2023 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego Skarbu Państwa – Komendy (...),

przystępującego (...) spółki akcyjnej
w G.,

ze skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 23 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 51/23

1. oddała skargę,
2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz Skarbu Państwa – Komendy (...) w G. 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sędzia Andrzej Kubica

Sygn.akt XXIII Zs 30/23

UZASADNIENIE

Komenda (...) w G., zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej w dalszej części uzasadnienia orzeczenia „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „naprawę średnią i dokową 601”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2022 r., pod numerem (...).

W dniu 5 stycznia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w S., zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą (...), wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, które polegały na:

- 1) odrzuceniu oferty wykonawcy (...) mimo, że oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę,
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy (...) mimo, że oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) wyborze oferty wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G., zwanego dalej „wykonawcą (...), którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, mimo iż oferta wykonawcy (...) nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- 4) wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert, polegającym na uznaniu, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę (...) na wezwanie Zamawiającego nie są wystarczające do uznania, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny,
- 5) wadliwym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert polegającym na uznaniu, że z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...) na wezwanie Zamawiającego wynika, jakoby oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach naruszających uczciwą konkurencję.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji kiedy oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny

w stosunku do przedmiotu zamówienia,

b) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwego badania treści oferty Odwołującego i jej odrzucenie w sytuacji, kiedy pomimo że wykonawca ten będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 29 listopada 2022 r., a następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia,

c) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dokonanie wadliwego badania treści oferty Odwołującego i jej odrzucenie w sytuacji, kiedy pomimo że wykonawca ten będąc prawidłowo wezwanym przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny oferty pismem z dnia 29 listopada 2022 r., a następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. dokonał wyjaśnień, które zaprzeczają jakoby oferta wykonawcy (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

d) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy (...) w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania

w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy (...) jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) dokonania ponownej analizy ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego i dokumentów załączonych do jego odwołania oraz utajnienie dokumentów i wyjaśnień złożonych wraz z pismem Odwołującego z dnia 29 listopada

2022 r. z uwagi na fakt, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa z przyczyn i na podstawie okoliczności w nim wskazanych – będących załącznikami nr 17, 17A, 17B do odwołania.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Na posiedzeniu Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę (...), albowiem zostało ono złożone w terminie, w przewidzianej przez przepisy prawa formie, zaś wykonawca ten wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystąpił.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2023 r., stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w jego piśmie z dnia 17 stycznia 2023 r. oraz stanowisko Odwołującego w jego piśmie przygotowawczym z dnia 18 stycznia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony jako załączniki do ich pism

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Komenda (...) w G. działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „naprawę średnią i dokową 601”. Numer referencyjny tego zamówienia to (...).

Szczegółowy opis oraz sposób realizacji przedmiotowego zamówienia został zawarty w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ustawy PZP, na zasadach opisanych w Załączniku nr 3 do SWZ. Zgodnie z rozdziałem V SWZ termin realizacji zamówienia wynosi 300 dni kalendarzowych licząc od daty podpisania protokołu przyjęcia jednostki do naprawy.

Według § 3 ust. 5 projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, prawem opcji jest objęta możliwość zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia na warunkach zawartej umowy o koszt wykonania prac lub części wskazanych w Załączniku nr 4 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 SWZ oferta musi być przedstawiona zgodnie z zasadami określonymi w ustawie i odpowiadać treści SWZ. W świetle rozdziału VII ust. 2 SWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz oferty stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ.

Postanowienia SWZ nakazują wykonawcom określenie ceny realizacji zamówienia poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym, sporządzonym według wzoru będącego Załącznikiem nr 1 do SWZ, łącznej ceny ofertowej brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy określonym w SWZ (rozdział X ust. 1 i 2 SWZ).

W przetargu oferty złożyło trzech wykonawców. W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP – celem ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – wezwał wykonawcę (...) do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji. Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę (...) w pozycji nr 3 prawa opcji dotycząca wymiany systemu głębinowego, która stanowi istotną część zamówienia, budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Pismem z dnia 9 grudnia 2022 r. wykonawca (...) udzielił wyjaśnień Zamawiającemu.

Następnie pismem z dnia 15 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że pomimo złożenia wyjaśnień przez tego wykonawcę nadal nie uzyskał pewności, czy oferowana przez niego cena istotnej części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zażądał od wykonawcy (...) Na wstępie Zamawiający zażądał od wykonawcy (...) przedłożenia tłumaczenia dla wszystkich dokumentów, które zostały złożone w ramach wyjaśnień w języku obcym. Zamawiający wniósł także o udostępnienie oferty firmy (...) sprzed terminu składania ofert. Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień jednoznacznie wskazał, że oczekuje złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W odniesieniu do oferty podwykonawcy firmy (...) zażądał wyjaśnienia, z których pozycji oferty podwykonawcy (...) będzie musiał skorzystać wykonawca (...) realizując zamówienie z pozycji nr 3 prawa opcji.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wykonawca (...), podkreślił, że jego cena ofertowa zdecydowanie nie jest ceną rażąco niską, nierealną lub też niewiarygodną, która byłaby oderwana całkowicie od realiów rynkowych, wskazał, że nie może przedłożyć oferty firmy (...) sprzed terminu składania ofert, albowiem warunki dostawy nie zostały przedstawione wykonawcy na piśmie. Jego zdaniem istotne jest to, że zgromadził i przedstawił dowody realności ceny ofertowej w określonym przez Zamawiającego terminie. Ponadto wykonawca (...) podkreślił, że nie tylko złożył wyjaśnienia i dowody pisemne w wyznaczonym terminie ale obecnie składa dodatkowe dowody w postaci swoich oświadczeń.

Reasumując, cała oferta podwykonawcy (...) została uwzględniona przez wykonawcę (...) w ofercie, tylko pod różnymi pozycjami, częściowo w prawie opcji a częściowo w zakresie podstawowym.

Ostatecznie w dniu 30 grudnia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G. jako najkorzystniejszą. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy (...) na podstawie przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy PZP.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że odrzuca ofertę wykonawcy (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnej części składowej oferty, tj. pozycji nr 3 prawa opcji.

Według art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zamawiający podkreślił, że zakres prawa opcji jest co do zasady możliwością, z której Zamawiający może skorzystać, ale nie musi, wobec

czego, jego odrębna wycena ma istotne znaczenie, gdyż w przypadku nieuruchomienia dodatkowego zadania, Zamawiający poniesie dodatkowe, nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane, a których wartość została uwzględniona w podstawowym zakresie prac. W dalszej części uzasadnienia swojej decyzji Zamawiający podał, że odrzuca ofertę wykonawcy (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający – Komenda (...) w G. w sposób prawidłowy zastosował przepisy ustawy PZP odrzucając ofertę Odwołującego – zarówno z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny istotnej części składowej tej oferty, jak i wobec jej złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W myśl regulacji wynikającej z art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 224 ust. 5 ustawy PZP stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Według art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie zaś z art. 239 ust. 2 ustawy PZP najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 240 ust. 1 ustawy PZP stanowi natomiast, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

Izba przechodząc do omówienia zarzutu dotyczącego naruszenia szeregu przepisów odnoszących się do zagadnienia odrzucenia oferty z powodu „rażąco niskiej ceny” wskazała, że ustawa PZP nie zawiera definicji legalnej pojęcia „rażąco niska cena”. W literaturze prawniczej i orzecznictwie przyjęło się, że za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia należy uznać cenę, która odbiega od jego rzeczywistej wartości, natomiast różnica taka nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi konkretnemu wykonawcy bez poniesienia strat finansowych, takie zamówienie zrealizować. Według art. 224 ust. 1 ustawy PZP jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zamawiający, jeśli żąda od wykonawcy wyjaśnień, to obowiązany jest wskazać, dlaczego dana cena (koszt) oferty wydaje mu się rażąco niska, natomiast jeżeli wątpliwości dotyczą części składowych ceny lub kosztu, winien wskazać konkretne części składowe, których wycena budzi jego wątpliwości. Wykonawca nie może się domyślać, które składniki jego

oferty budzą wątpliwości zamawiającego i wywołują podejrzenie co do zaniżenia wyceny. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 363/22 „złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla zamawiającego do oceny prawidłowości zaofferowanej ceny. Wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaofferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaofferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Z treści art. 224 ust. 6 ustawy PZP wynika, że nie tylko nieudzielnie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o tę przesłankę będzie również sytuacja gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, wobec powzięcia wątpliwości co do wyceny jednego ze składników prawa opcji wezwał wykonawcę (...) do wyjaśnień w zakresie wyceny tego elementu, w tym do złożenia dowodów. Odpowiedź udzielona przez Odwołującego na to, jak i na kolejne wezwanie Zamawiającego, nie wykazała, aby Odwołujący poprawnie skalkulował swoją ofertę w stosunku do tej pozycji prawa opcji. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wyraźnie potwierdzają, że wartość wymiany systemu głębinowego oszacował on na kwotę 15 200 000 zł gr tylko dlatego, bo jest to sama kwota nabycia pojazdu od jego kooperanta, natomiast pozostałą część kosztów związanych z realizacją tej części zamówienia Odwołujący wykazał w pozycjach dotyczących podstawowego przedmiotu zamówienia w Wykazie Prac Naprawczych. Izba przyznała rację Zamawiającemu, że taki sposób wyceny tej pozycji w ofercie jest wadliwy, albowiem wycena wymiany systemu głębinowego nie obejmuje całego jego kosztu. Odwołujący samowolnie przerzucił sobie część kosztów dotyczących tej pozycji prawa opcji do zakresu podstawowego zamówienia, choć na chwilę obecną, biorąc zwłaszcza pod uwagę treść ustnego oświadczenia wyrażonego przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, nie jest jeszcze pewne, czy Zamawiający uzyska w ogóle środki finansowe, które umożliwią mu skorzystanie z prawa opcji. Twierdzenia Odwołującego, że taki sposób skalkulowania oferty wynikał z podjęcia przez niego ryzyka gospodarczego i z racji założenia osiągnięcia zwiększonego zysku na części podstawowej zamówienia są według Izby nielogiczne. Biorąc pod uwagę powyższy szerszy kontekst sprawy w ocenie Izby za prawdopodobne należy uznać twierdzenia wykonawcy (...) wyrażone w trakcie rozprawy, iż taki właśnie sposób skalkulowania oferty przez Odwołującego – gdzie pod pozorem przerzucenia części kosztów z prawa opcji na część podstawową zamówienia została zaniżona wycena prawa opcji celem obniżenia ceny całkowitej oferty i uzyskania całego zamówienia – mógł wynikać z prognozy Odwołującego, że nie dojdzie w ogóle do skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji. Także kolejna podnoszona przez uczestnika postępowania odwoławczego okoliczność, że z powodu pełnej rezerwacji mocy linii produkcyjnej firmy (...) i dłuższych terminów dostaw komponentów i materiałów skutkującej dłuższym terminem dostawy systemu głębinowego (...) (wynosi on obecnie około 32 miesiące), świadczyć może o tym, że nawet sam Odwołujący zakłada obecnie, że dostawa tego systemu głębinowego w terminie wynikającym z zapisów SWZ może być niewykonalna i że w razie, gdyby wygrał on przetarg, to i tak nie doszłoby do tej dostawy z przyczyn od niego niezależnych. Mając to na uwadze, jak również wspomnianą powyżej ustną informację udzieloną przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, że na chwilę obecną nie ma środków finansowych na uruchomienie prawa opcji, takie przewidywania nie są pozbawione racjonalnych podstaw. Zatem mając powyższe na względzie decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP zdaniem Izby należy uznać za prawidłową i uzasadnioną nie tylko rażącym zaniżeniem jednego z istotnych elementów oferty, ale również podyktowaną brakiem logicznego i przekonującego wyjaśnienia przez Odwołującego, dlaczego ten składnik oferty wycenił w taki, a nie inny sposób. Przy tym Izba w pełni podzieliła wyrażane przez Zamawiającego obawy, iż w przypadku braku uruchomienia opcjonalnego zadania poniesie on nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane, a które Odwołujący samowolnie przeniósł w swojej ofercie do zakresu prac w podstawowej części zamówienia. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

W odniesieniu do zarzutu odwołania dotyczącego bezzasadnego odrzucenia oferty wykonawcy (...) z powodu stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Izba na wstępie należy odwołała się do rozumienia pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji przywołując wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 lutego 2008 r. sygn. akt I ACA 93/08 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. sygn. akt I NSK 61/18. Na podstawie analizy literatury prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa Krajowej

Izby Odwoławczej, Izba wymieniła przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji związane z przygotowaniem ofert w postępowaniach przetargowych: 1) stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty,

2) manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy),

3) podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, teza 8]. Ponadto w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

Analiza akt sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że także druga z podstaw prawnych wskazanych przez Zamawiającego jako przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego okazała się być właściwa. Izba podzieliła przy tym w całości stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu jego czynności. Jak słusznie podniósł Zamawiający taką praktykę należy uznać za całkowicie niedopuszczalną, albowiem z prawa opcji Zamawiający może, a nie musi skorzystać. Jest to bowiem czyn nieuczciwej konkurencji, w którym manipulacja cenowa przejawiała się właśnie tym, że wykonawca ustalił cenę oferty w taki sposób, że jej część została określona na rażąco niskim poziomie, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, natomiast część cen bez uzasadnienia została zawyżona po to, żeby zrekompensować zaniżenie innych części składowych ceny. Okoliczność niezasadnego zaniżenia oferty wykonawcy (...) Zamawiający udowodnił załączając do odpowiedzi na odwołanie swoją korespondencję z firmą (...), z której wyraźnie wynika zarówno to, jaka jest cena całego systemu głębinowego, który firma (...) zaoferowała Odwołującemu, jak również to, że według tej oferty nie było możliwości zamówienia tego systemu w częściach i wykonania wszystkich elementów tej dostawy przez inny podmiot aniżeli firma (...). Podkreślić należy, że cała treść korespondencji firmy (...) z Komendą (...) w G. poddaje pod dużą wątpliwość prawdziwość i wiarygodność oświadczeń składanych Zamawiającemu przez spółkę (...) w toku procedury składania wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Mając powyższe na względzie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby także ostatni z podniesionych zarzutów odwołania okazał się być nieuzasadniony. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w ogóle w swoim odwołaniu, żeby Zamawiający w toku postępowania dokonał oceny ofert niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria oceny ofert. Samo ogólnikowe wskazywanie w treści odwołania, że w toku badania i oceny ofert doszło do bezzasadnego odrzucenia oferty jednego wykonawcy, co następnie skutkowało wyborem oferty kolejnego wykonawcy w rankingu ofert, nie jest wystarczające, żeby móc skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Podobnie rzecz wygląda ze postawieniem Zamawiającemu zarzutu naruszenia regulacji art. 240 ust. 1 ustawy PZP, gdzie w uzasadnieniu swojego odwołania wykonawca (...) nie wyjaśnił w ogóle, w czym konkretnie upatruje wadliwości działań Zamawiającego w opisywaniu kryteriów oceny ofert. Mając to na względzie Izba uznała, że powyższy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie zostały spełnione obydwie ustawowe przesłanki, które legły u podstaw podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zanim Zamawiający zdecydował się na odrzucenie oferty Odwołującego poprzedził tą czynność ciągiem czynności o charakterze wyjaśniającym, które doprowadziły go do przekonania o niezgodności złożonej oferty z przepisami ustawy PZP odnoszącymi się do rażąco

niskiej ceny i przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynności te zdaniem Izby były szczegółowe oraz wnikliwe i doprowadziły do wykazania, że Odwołujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia w zakresie opcji za zaoferowaną cenę, albowiem niezasadnie – jak z resztą sam stwierdził – część kosztów z prawa opcji przeniósł do podstawowego zakresu zamówienia, przez co wycena zamówienia w zakresie prawa opcji została znacznie zaniżona.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 557, 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w postaci wydatku na wynagrodzenie pełnomocnika i wydatku na dojazd pełnomocników Zamawiającego na rozprawę w dniu 18 stycznia 2023 r.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniósł odwołujący (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zaskarżając powyższy wyrok w całości oraz zarzucił naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, pomimo odrzucenia przez Zamawiającego oferty Skarżącego, który zaoferował cenę najkorzystniejszą z punktu widzenia kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ;
2. art. 17 ust. 2 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust. 1 i 417 PZP Ustawy poprzez błędne przyjęcie, że dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty (...) S.A. było zgodne z przepisami PZP, mimo, iż Zamawiający zobowiązany był ująć w klasyfikacji ofertę Skarżącego, która powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w Danych do ogłoszenia (pkt IV.2.1. i pkt VIII), SWZ (Rozd[^] XIJ i przepisami PZP;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Skarżącego, mimo, iż nie została ona złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej UZNK), w sytuacji, kiedy Skarżący wykazał sposób kalkulacji ceny Oferty, wykluczający naruszenie interesów podmiotów trzecich i samego Zamawiającego;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez oddalenie Odwołania Skarżącego oraz uznanie, że Zamawiający we właściwy sposób dokonał uznania Oferty Skarżącego za złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji, nie wykazując w jaki sposób przyjęta metodyka kalkulacji Oferty przez Skarżącego wpłynęła na zachwianie konkurencji innych podmiotów oraz Zamawiającego;
5. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez oddalenie odwołania Skarżącego oraz uznanie, że Zamawiający we właściwy sposób dokonał uznania oferty Skarżącego za złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji:
 - a. w sytuacji, kiedy sposób kalkulacji Ceny całkowitej Oferty nie wpłynął na sposób obliczenia punktów przyznanych przez Zamawiającego dla Oferty Skarżącego;
 - b. w sytuacji, kiedy Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert wskazane w Danych do ogłoszenia i SWZ wskazał „Cenę całkowitą oferty” i termin gwarancji;
 - c. w sytuacji, kiedy zgodnie z kryteriami oceny ofert przez Zamawiającego nie mają znaczenia poszczególne wartości (części składowe oferty) pozycji prawa opcji, zakresu podstawowego czy też poszczególnych pozycji WPN, wobec zaniechania przez Zamawiającego żądania od wykonawców przedstawienia kalkulacji poszczególnych pozycji ofert, a tym samym Zamawiający pozostawił pełną swobodę wykonawcom co do sposobu kalkulacji ofert i ich poszczególnych części;
6. art. 224 ust. 1 PZP poprzez oddalenie odwołania i uznanie czynności Zamawiającego, który uznał, że oferta Skarżącego zawiera rażąco niską cenę, za prawidłową, w sytuacji, gdy oferta Skarżącego nie zawiera ceny rażąco niskiej, w szczególności wobec dokonania czynności Zamawiającego bez uwzględnienia wszystkich okoliczności

dotyczących analizy treści oferty, w tym złożonych przez Skarżącego wyjaśnień i dowodów w postępowaniu u udzielenie zamówienia, jak również w trakcie postępowania odwoławczego;

7. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez oddalenie odwołania i zaakceptowanie, iż Zamawiający odrzucił ofertę Skarżącego, która nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia „w zakresie istotnej części zamówienia oferty, tj. pozycji 3 prawa opcji”, w sytuacji, kiedy Skarżący wskazał, że uwzględnił w Cenie całkowitej Oferty cały koszt oferty podwykonawcy;

8. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez oddalenie Odwołania Skarżącego oraz uzliarfia, że Zamawiający we właściwy sposób dokonał uznania Oferty Skarżącego za zawierającą rażąco niską cenę, nie wskazując przy tym jakie przesłanki uzasadniały uznanie Ceny całkowitej Oferty za rażąco niską, ewentualnie nie wskazując dlaczego element istotny Oferty, jakim jest pozycja prawa opcji został wyceniony przez Skarżącego na poziomie rażąco niskim, wobec twierdzeń Skarżącego o uwzględnieniu w Cenie całkowitej Oferty całej kwoty wynagrodzenia potencjalnego podwykonawcy;

9. art. 226 ust. 1 pkt 8 poprzez oddalenie odwołania Skarżącego oraz uznanie, że Zamawiający we właściwy sposób dokonał uznania oferty Skarżącego za rażąco niską;

d. w sytuacji, kiedy ocena Oferty z treścią Danych do ogłoszenia i SWZ dokonywana jest wyłącznie w oparciu o kryterium „Ceny całkowitej oferty” i terminu gwarancji, a nie poszczególnych istotnych składników oferty;

e. w sytuacji, kiedy Skarżący na etapie składania wyjaśnień Zamawiającemu przedstawił szczegółową kalkulację Oferty i jednego z działów WPN, co do której Zamawiający na żadnym etapie nie miał zastrzeżeń, a argumentacja w zakresie rażąco niskiej ceny „elementu istotnego” sprowadzała się do przyjęcia, że wartość kwotowa danej pozycji prawa opcji odpowiadać powinna wartości prac dla danej pozycji prawa opcji, a prace te nie mogą zostać ujęte w Cenie całkowitej oferty;

f. w sytuacji, kiedy zgodnie z kryteriami oceny ofert przez Zamawiającego nie mają znaczenia poszczególne wartości (części składowe oferty) pozycji prawa opcji, zakresu podstawowego czy też poszczególnych pozycji WPN, wobec zaniechania przez Zamawiającego żądania od wykonawców przedstawienia kalkulacji poszczególnych pozycji ofert,

10. art. 16 ust 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez oddalenie odwołania Skarżącego oraz uznanie, że Zamawiający we właściwy i zgodny z prawem sposób dokonał uznania oferty Skarżącego za złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji oraz, że Oferta zawiera cenę rażąco niską oraz odrzucił Ofertę, kiedy to dokonana przez Zamawiającego i KIO ocena przedłożonych dowodów i złożonych przez Skarżącego oświadczeń nie mogła doprowadzić do uznania Oferty za złożoną w warunkach nieuczciwej konkurencji oraz, że Oferta zawiera cenę rażąco niską;

11. art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez oddalenie odwołania Skarżącego oraz uznanie, że Skarżący w treści Odwołania nie przedstawił uzasadnienia zarzutu w tym zakresie, podczas, gdy analiza treści Odwołania, kolejność postawionych zarzutów wobec nieprawidłowych czynności Zamawiającego, która w konsekwencji doprowadziła do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 PZP wskazuje, że argumentacja faktyczna i prawna została wyartykułowana w sposób jednoznaczny w treści Odwołania;

12. art. 542 ust 1 PZP poprzez dokonanie przez KIO oceny wiarygodności i mocy przedstawionych dowodów, z pominięciem wszechstronnego rozważenia zebranego materiału co doprowadziło do sprzeczności istotnych ustaleń dokonanych przez KIO z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, prowadzącego w rezultacie do błędnego zastosowania art. 226 ust 1 pkt 7 PZP oraz art. 226 ust 1 pkt 8 PZP oraz 16 PZP i uznania odrzucenia oferty Skarżącego za prawidłową czynność Zamawiającego, czym KIO uchybiła zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego;

13. Art. 559 ust PZP poprzez nie wskazanie w treści uzasadnienia dlaczego KIO nie uznała za wiarygodne wyjaśnień Skarżącego w świetle szerokiej argumentacji faktycznej i prawnej zawartej w Odwołaniu i Piśmie Odwołującego z

dnia 18 stycznia 2023 roku, a zatem nie wskazanie jakie fakty zostały udowodnione, na jakich dowodach oparte jest rozstrzygnięcie, a z jakich przyczyn dowodom wskazanym przez Skarżącego odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, przy jednoczesnym przywołaniu argumentacji Skarżącego w pierwszej części uzasadnienia i zupełnym jej pominięciu i nie odniesieniu się do niej rozważaniach uzasadnienia, a co za tym idzie nie uwzględnienie argumentacji Skarżącego przy rozstrzygnięciu Odwołania.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1. Zmianę wyroku w pkt I i orzeczenie cod o istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania w całości, a w konsekwencji:
 - a. Nakazanie zamawiającemu unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty skarżącego;
 - b. Nakazanie zamawiającemu przywrócenia skarżącego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego
 - c. Nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej analizy ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty skarżącego.
2. Uchylenie wyroku w pkt II,
3. Dopuszczenie dowodów wskazanych w niniejszej Skardze na okoliczności przywołane w uzasadnieniu, w tym dowodów zebranych w trakcie postępowania odwoławczego (przy czym Skarżący wskazuje, że przywołane w niniejszej skardze dowody znajdują się w aktach postępowania odwoławczego)
4. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów postępowania skargowego oraz kosztów zastępstwa procesowego jak również kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów złożonym do akt postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;
5. Zabezpieczenie skargi poprzez ustanowienie zakazu unieważnienia przedmiotowego postępowania, dokonania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia Skargi.

W odpowiedzi na powyższe Skarb Państwa- Komenda (...) w G. (dalej też: zamawiający, przeciwnik skargi) wniósł o oddalenie w całości skargi, oddalenie wniosku dot. zabezpieczenia skargi, a także zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz1 pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem (...)19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 21 k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) dlatego też ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W niniejszym postępowaniu skarżący w skardze złożył szereg wniosków dowodowych, jednakże podlegały one pominięciu, w myśl art. 235² § 1 pkt 3 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 Pzp.

Przechodząc do oceny merytorycznej sprawy, wskazać należy, że w ocenie Sądu Okręgowego, skarga odwołującego (...) nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO) w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do oddalenia odwołania. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

Argumentacja podniesiona w skardze sprowadza się w istocie do próby zdezawuowania stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w zakresie przyjęcia, że oferta wykonawcy (...) zawiera rażąco niską cenę, a nadto została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie sądu okręgowego całkowicie bezzasadny okazał się przy tym zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że uzasadnienie orzeczenia zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa. O skutecznym postawieniu zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 Pzp. można mówić wyjątkowo i tylko wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, a braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona, bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Zarzut ten może znaleźć zastosowanie jedynie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia orzeczenia izby uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania zaskarżonego orzeczenia. W ocenie sądu okręgowego nie można przyjąć, że sposób argumentacji przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia uniemożliwiał rekonstrukcję ustaleń faktycznych i prawnych stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, a tym samym dokonanie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie orzeczenia odzwierciedla w sposób jasny i klarowny przeprowadzony sposób oraz tok rozumowania będący podstawą rozstrzygnięcia.

Przechodząc do dalszych zarzutów, na wstępie należy wskazać, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Jednakże norma zawarta w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z uwzględnieniem wartości tej części zamówienia, która jest pozostawiona „prawu opcji” rozumianemu jako uprawnienie, nie zaś zobowiązanie zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie, przy czym zarówno zakres zamówienia objęty prawem opcji, jak i okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z tego prawa, powinny być opisane stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Sąd Okręgowy stwierdza, iż wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Na aprobatę nie zasługuje w związku z tym zarzut naruszenia 542 ust. 1 Pzp. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny. Dodać przy tym należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej

oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż nie miał racji skarżący co do tego, że KIO błędnie uznało odrzucenie oferty skarżącego za prawidłową czynność zamawiającego. Izba prawidłowo dokonała analizy akt sprawy odwoławczej oraz odniosła się do wyjaśnień wykonawcy (...) wskazując, że należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego co do tego, iż w/w wykonawca składając ofertę dopuścił się manipulacji cenowych tj. uwzględnił część kosztów związanych z dokonaniem wymiany systemu głębinowego w podstawowych pozycjach wykazu prac naprawczych, przez co doszło do znacznego zawyżenia kosztów podstawowego zakresu naprawy i zarazem do zaniżenia wyceny pozycji nr prawa opcji. Sąd Okręgowy w tym miejscu wskazuje, iż jest to istotna część składowa ceny i w znacznym stopniu przyczynia się do powstania kosztów po stronie wykonawcy mając znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty.

Sąd okręgowy podziela więc także stanowisko Izby, co do tego, że oferta skarżącego zawierała rażąco niską cenę.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w tym zakresie orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. Jak trafnie dostrzegł w swoim wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie "na podstawie dotychczasowego orzecznictwa należy wskazać, że termin ten dotyczy ceny oderwanej całkowicie od realiów rynkowych (zob. wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r.- XIX Ga 128/08, wyrok KIO z 28 marca 2013 r., KIO 592/13, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r. KIO 1562/11, wyrok KIO z 17 czerwca 2019 r., KIO 992/19). (...) W wyroku z 24 listopada 2017 r., KIO 2373/17 KIO wyjaśnia, że: Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku." (tak w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 grudnia 2021 r., XXIII Zs 116/21).

Z kolei o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a więc każdorazowo należy ją odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Przypomnieć należy ponadto, że zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Z kolei w ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Rolą zamawiającego jest zatem skierowanie do wykonawcy wezwania, jeśli zajdą wymienione powyżej okoliczności, a następnie ocena złożonych wyjaśnień. Jeśli zamawiający stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też, że ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę - zamawiający odrzuca ofertę. Tym samym zamawiający wyjaśnienia te musi przeanalizować w sposób pełny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym piśmie sformułowane, a następnie ocenić czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający mając na względzie to, iż wykonawca (...) mógł złożyć ofertę zawierającą w sobie rażąco niską cenę uznał za zasadne wezwanie go do złożenia wyjaśnień.

We wniosku o złożenie wyjaśnień z dnia 29 listopada 2022 r. zamawiający zaznaczył, jakich informacji i dokumentów w szczególności oczekuje. Skarżący udzielił odpowiedzi na to pismo w dniu 9 grudnia 2022 r. W wyjaśnieniach tych skarżący podał, że duże zainteresowanie, jakim cieszą się oferowane przez niego rozwiązania pozwoliło zdobyć mu rozległe doświadczenie w realizacji napraw głównych i dokowych, w zbliżonych zakresach napraw sprzętu wojskowego jak przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem. Co najważniejsze wykonawca wskazał, że niemal wszystkie prace i zadania związane z punktem 3 prawa opcji zostały uwzględnione w jego ofercie przy kalkulacji kosztów Działu (...). Z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia te w dalszym ciągu nie dały pewności zamawiającemu, czy oferowana przez niego cena istotnej części składowej oferty tj. pozycji nr 3 prawa opcji jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia skarżący pismem z dnia 15 grudnia

2022 r. został wezwany do udzielenia dodatkowych wyjaśnień. Jednakże w tych dodatkowych wyjaśnieniach z dnia 18 grudnia 2022 r. skarżący nie zdołał obalić domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Przypomnieć przy tym należy, że w przypadku gdy zamawiający wezwie danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to ten wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 października 2020 r., XXIII Ga 1131/20). Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych.

W niniejszej sprawie, jak już zostało wskazane, wykonawca celem wykazania, że jego oferta nie jest rażąco niska przedłożył wyjaśnienia i dołączył do nich dowody w zakresie przedmiotu podstawowego w zakresie jakim dotyczą pkt 3 prawa opcji. Przedstawione przez niego wyjaśnienia i dowody potwierdziły jedynie błędną wycenę oferty w tym zakresie. Jak zostało wyżej wskazane wykonawca (...) wprost wskazał, iż część kosztów związanych z realizacją zamówienia ujęta została w pozycjach podstawowego przedmiotu zamówienia, takie postępowanie stanowi więc dowód na to, że nie jest to właściwa wycena pozycji, albowiem nie obejmuje całego jej kosztu. Należy także zgodzić się z uczestnikiem skargi, iż wyjaśnienia skarżącego mają ogólny charakter, albowiem używa w nich argumentów takich jak „dysponowanie kompletnym personelem”, „szacowanie oferty dokonany skrupulatnie z profesjonalną dokładnością.”.

Zaakcentowania przy tym wymaga, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17). Z tych względów wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak wystarczającej inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym

zakresie. Należy także przyznać rajce uczestnikowi, iż wyjaśnienia skarżącego potwierdzają jedynie fakt, że zaofferował on cenę rażąco niską, albowiem w wyjaśnieniach z 9 grudnia podał, że posiada ofertę na dostawę systemu głębinowego od firmy (...) za cenę 25,5 mln koron szwedzkich, a zatem cena za wyposażenie okrętu w to urządzenie wynosząca 15,2 mln złotych nie jest rażąco niska. Słusznie przy tym uczestnik zwraca uwagę na to, że wyjaśnienie skarżącego stoi w sprzeczności z dowodem w postaci tłumaczenia dokumentu oferty, która została dołączona do wyjaśnień z 18 grudnia z uwagi na fakt, iż cena tam podana wynosi 50,9 mln koron szwedzkich.

Z tych względów słusznie Izba uznała, iż oferta skarżącego była rażąco niska.

Odnosząc się zaś do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty skarżącego z uwagi na to, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, Sąd Okręgowy wskazuje, iż Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „czynu nieuczciwej konkurencji”, zasadnym jest więc odwołanie się w tym zakresie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 powołanej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa zawiera także w ust. 2 powyższego przepisu katalog działań kwalifikujących się jako „czyn nieuczciwej konkurencji”. Katalog ten jest jednakże otwarty, co oznacza, że za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, dotyczy działania, które zwykle nie jest eksponowane i nie znajduje wyraźnego i formalnego wyrazu, a następnie zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 27 maja 2014 r., sygn. akt I ACa 222/14, stwierdził, że czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza. Sprzeczność z przepisami prawa zachodzi wtedy, gdy konkretne zachowanie jest sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, zarówno z zakresu prawa karnego, prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego, jak również normami poza systemowymi (np. normami wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18, za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje przy tym całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Sąd Okręgowy wskazuje, iż na podstawie literatury prawa zamówień publicznych oraz bogatego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej do przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji związanych z przygotowaniem ofert można zaliczyć stosowanie przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, czy też manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy), 3) podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność [zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy]. Ponadto w wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafalszowane współzawodnictwo”.

Ustawa znk nie definiuje także pojęć „interes” ani „zagrożenie”. Pojęcie „interesu” może dotyczyć zarówno przedsiębiorcy (wykonawcy), jak też klienta (zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych lub tylko oczekiwanych. Interesem zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd Okręgowy analizując materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy odwoławczej, w tym w szczególności ofertę wykonawcy (...), oraz złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia stwierdza, że Izba zasadnie uznała, iż wykonawca (...) w swojej ofercie w sposób nieuprawniony manipulował tymi częściami składowymi zaoferowanej przez siebie ceny wyłącznie po to, żeby uzyskać zwiększone korzyści o charakterze publicznoprawnym.

Sąd Okręgowy wskazuje, że już zwykła interpretacja treści wyjaśnień wykonawcy (...) prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca ten dopuścił się manipulacji cenowych. Samodzielnie bowiem przerzucił część kosztów dotyczących pozycji prawa opcji do zakresu podstawowego zamówienia. Jednocześnie wykonawca (...) wskazał, iż założył, że w razie skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji zgadza się na mniejszy zysk i stanowi to dla niego ryzyko gospodarcze, twierdzenia te jednak zdaniem Sądu Okręgowego są nielogiczne. Prawidłowo Izba uznała, że skoro odwołujący dodatkowo przeniósł część kosztów, które będzie musiał ponieść w ramach prawa opcji, na realizację podstawowej części zamówienia, to nie mógł racjonalnie zakładać, że przy dodatkowo zwiększonych kosztach osiągnie jeszcze większy zysk w części podstawowej- a na pewno nie zysk w tak dużej wysokości, z którego mógłby sobie potem zrekompensować ewentualną stratę poniesioną na realizacji opcjonalnej części zamówienia. Nadto należy także wskazać, iż w przypadku, gdy zamawiający nie skorzysta z prawa opcji poniesie on nieuzasadnione koszty za prace, które nie zostały wykonane. W tym miejscu należy wskazać, iż nabycie samego pojazdu, bez niezbędnych do jego zainstalowania systemów nie spełniałoby wymagań zamawiającego, albowiem pojazd nie byłby zdalny do użytkowania. Słusznie przy tym uczestnik zwrócił uwagę na fakt, iż skarżący w treści wyjaśnień nie przewidział kosztu instalacji systemu na okręcie, dlatego też mógłby ponieść stratę w znacznej wysokości. Wykonawca postępując w taki sposób znacznie zawyżył koszty podstawowego zakresu naprawy i zaniżył wycenę pozycji nr 3 prawa opcji. Nadto o prawidłowym zachowaniu zamawiającego skutkującym odrzuceniem oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji świadczy korespondencja pomiędzy zamawiającym, a firmą (...), z której jasno wynika jaka jest cena całego systemu głębinowego, jak również to, że według ofert nie było możliwości zamówienia tego systemu w częściach i wykonania go przez inny podmiot niż (...). Należy także zwrócić uwagę na to, iż jak wynika ze specyfikacji warunków zamówienia, jego wykonanie i przekazanie okrętu wykonawcy ma nastąpić w ciągu 300 dni. Jak wynika natomiast z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie termin dostawy systemu od firmy (...) wynosił będzie 960 dni, co za tym idzie jego zainstalowanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwe. Należy przy tym zwrócić uwagę na brzmienie uzasadnienia orzeczenia KIO sygn. akt KIO 944/21, w którym Izba zważyła, że „złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich de facto możliwości konkurencji w przetargu. Z drugiej strony uderza to w interes Zamawiającego, ograniczając mu możliwość udzielenia zamówienia innym wykonawcom, oferującym realnie korzystniejsze warunki wykonania zamówienia”. Sąd Okręgowy wskazuje przy tym, iż jak wynika z treści uzasadnienia oraz materiału dowodowego zgromadzonego w aktach taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Zdaniem Sądu skarżący składając ofertę wiedział, że nie będzie w stanie wykonać opcji 3.

W ocenie Sądu Okręgowego doszło zatem do nieuczciwego, sprzecznego z dobrymi obyczajami skalkulowania elementów zaferowanej ceny w celu uzyskania zamówienia publicznego, przez co zagrożone zostały interesy pozostałych przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu, a którzy zgodnie z regułami rynkowymi oraz warunkami zamówienia skalkulowali swoje oferty. Koszty dotyczące pozycji nr 3 prawa opcji zostały przez wykonawcę (...) "przerzucone" do oferty podstawowej, co oznacza, że koszty pozycji nr 3 prawa opcji zostały wskazane przez niego na fikcyjnym, nierealnym poziomie.

Mając powyższe na uwadze zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP okazały się być nieuzasadnione, a tym samym nie jest trafny zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 240 ust 1 i 417 Pzp.

Niezasadny i nieprzekonujący był także zarzut naruszenia art. 16 ust 1 i 2 Pzp. Dyspozycja przepisu art. 16 Pzp statuuje podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Skarżący nie przedstawił w ocenie Sądu rzeczowych argumentów przemawiających za naruszeniem przedmiotowych zasad, z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie wynika, iż nie została naruszona przez zamawiającego zasada proporcjonalności. Sąd Okręgowy również w tym zakresie nie podziela stanowiska skarżącego. Naruszenie przedmiotowej zasady ma miejsce w sytuacji, kiedy warunki udziału w postępowaniu są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz pozostają nadmierne dla osiągnięcia tego celu. Z całą pewnością jednak, taka sytuacją w niniejszej sprawie nie wystąpiła.

Podsumowując powyższe rozważania, należało uznać, że zarzuty Skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie.

W ocenie Sąd Okręgowy przedmiotowa skarga jako bezzasadna i na podstawie art. 588 § 1 Pzp podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez Przeciwnika skargi w całości. Na koszty te składało się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika ustalone w oparciu o § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.) w kwocie 3.600 zł.

sędzia Andrzej Kubica